

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La responsabilité dans les réseaux de service à valeur ajoutée

Thunis, Xavier

Published in:
Droit de l'informatique

Publication date:
1990

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Thunis, X 1990, 'La responsabilité dans les réseaux de service à valeur ajoutée: le cas des transferts électronique de fonds', *Droit de l'informatique*, Numéro 2, p. 26-37.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

La responsabilité dans les réseaux de services à valeur ajoutée : le cas des transferts électroniques de fonds

Liability in the field of value added services : the case of electronic fund transfers

par Xavier THUNIS
Directeur adjoint du CRID, Namur

Résumé. Après une présentation générale des différents intervenants dans un transfert électronique de fonds, l'étude examine comment et dans quelle mesure les conditions classiques de la responsabilité (dommage, faute, lien de causalité) s'appliquent en la matière. On s'attache notamment à analyser les clauses répartissant la responsabilité entre la banque et le donneur d'ordre en cas de transfert frauduleux. Une partie importante de l'étude est consacrée au commentaire de l'arrêt Evra (jurisprudence américaine).

Summary. After a general presentation of the parties involved in an electronic fund transfer, the author envisages how and to what extent the traditional conditions of liability (damage, negligence, causation) can be applied. The article focusses on contractual provisions dealing with liability of the bank and its client in case of a fraudulent transfer. A particular attention is given to the american case "Evra Corp." decided in 1982.

Introduction

1. S'il n'est pas sûr que les nouvelles technologies de l'information fassent émerger de nouveaux concepts (les "contrats informatiques") ou même de nouvelles disciplines (le "droit de l'informatique"), à tout le moins les juristes sont-ils obligés de repenser leurs catégories et de s'interroger sur leur pertinence.

Ainsi, la combinaison de l'informatique et des télécommunications (ou télématique) permet le traitement et la transmission des données à distance. Songeons aux banques de données juridiques et économiques dont le contenu peut être mobilisé par un utilisateur établi à plusieurs milliers de kilomètres, songeons également aux contrats à distance dont la télématique favorise la conclusion, ou encore aux paiements

électroniques qui permettent de procéder à des règlements de compte presque instantanément via les différents réseaux reliant les institutions financières, les chambres de compensation et les systèmes d'échanges électroniques de données.

Toutes ces transactions présentent des caractéristiques communes :

a) le transfert tend à s'opérer sans fixation durable et sans incorporation de l'information pertinente à un support-papier portant une signature manuscrite, ce qui soulève des problèmes de preuve ;

b) la complexité technologique, le grand nombre de parties impliquées dans une opération télématique, leur dispersion géographique et l'existence d'autoréglementations dans certains réseaux posent des problèmes de responsabilité.

En cas de dommage, qui va-t-on tenir pour responsable ? Comment va-t-on définir la faute ? Par référence au "bon père de famille" ? Mais ceci supposerait l'existence d'un certain nombre de normes de bon comportement malaisées à établir en l'occurrence. De plus, à supposer le dommage et la faute établis, les poursuites peuvent échouer, ainsi qu'on le verra, parce qu'aucune relation contractuelle directe ne lie les parties, ou parce que des clauses d'exonération ont été stipulées.

Sans être tout à fait neufs, les problèmes sont réactivés et multipliés à un point tel qu'il faut sans doute les envisager en termes de risques à partager plutôt qu'en termes de faute à établir.

2. Le présent article n'a pas l'ambition de couvrir l'ensemble des problèmes de responsabilité liés aux réseaux à valeur ajoutée. Nous nous limiterons à une application particulière, les transferts électroniques de fonds entre utilisateurs professionnels, qui ont donné lieu à une jurisprudence

ce encore peu nombreuse mais intéressante. De plus, différents accords privés et collectifs régissent ce secteur (notamment SWIFT et CHIPS) et peuvent servir de références ou de points de départ pour étudier la répartition des responsabilités.

3. L'analyse juridique sera menée à la lumière des grands principes de droit privé, français et belge, avec de fréquentes références au droit anglo-américain.

Rappelons que dans la majorité des cas, le transfert électronique de fonds est une opération internationale et que la loi applicable ne se trouve pas forcément dans le Code Napoléon : soit que les parties aient expressément choisi un autre système légal, soit que les caractéristiques de la transaction (par exemple le lieu de son exécution) amènent à appliquer un droit autre que celui prévu par le Code.

Après une première partie présentant les acteurs de façon générale, on examinera comment les principes traditionnels de la responsabilité civile s'appliquent aux transferts électroniques de fonds. Une large place sera faite au droit comparé et à l'examen de la jurisprudence anglo-américaine existant en ce domaine.

I. La transaction financière à distance : les acteurs

4. Une description schématique permet de faire ressortir les éléments caractéristiques de la transmission à distance de données, qu'elle utilise le télex, le téléphone ou la voie télématique.

5. 1) L'émetteur et le destinataire du message

L'émetteur peut être une entreprise qui utilise le réseau de télécommunications pour passer une commande de biens ou de services dont les caractéristiques sont transmises à distance. Inversement, le destinataire peut être l'entreprise qui accepte l'offre.

L'émetteur du message n'est pas nécessairement unique et il est fréquent que plusieurs personnes physiques ou morales contribuent à la production de l'information ou à la transmission des données dans le réseau.

6. Dans un transfert électronique de fonds, le client, donneur d'ordre, et la banque transférante produisent un message, un ordre de paiement, le destinataire étant la banque réceptrice et son client, c'est-à-dire le bénéficiaire du transfert.

7. 2) Le transporteur d'informations

Le transporteur gère la liaison et assure la transmission de données entre l'émetteur et l'utilisateur de celles-ci. Pareille liaison peut nécessiter l'intervention de différents transporteurs, par exemple en matière de flux transfrontières.

8. La question de savoir si les transporteurs publics peuvent s'exonérer de leur responsabilité en cas de perte, de retard dans la transmission de message ou même d'altération du contenu de celui-ci, a fait l'objet de nombreuses controverses dans lesquelles nous n'entrerons pas (pour une synthèse de la question, cf. Cahier du CRID, n° 4, Vers une nouvelle réglementation des télécommunications, Story Scientia, 1990).

L'analyse sera limitée aux conséquences d'une telle exonération pour les autres partenaires du réseau. Selon que l'exonération est totale ou partielle (responsabilités limitées à certains types d'événements, à certains dommages, ou encore plafonnées à certains montants), la question suivante se pose : qui, dans le réseau, sera responsable de la perte ?

Ainsi, dans un transfert électronique de fonds, si le message est altéré ou détourné par suite d'une fraude commise au cours du transfert, qui paiera en définitive ? En principe, ce n'est pas le transporteur puisqu'il s'est, en général, exonéré de sa responsabilité. Le donneur d'ordre ? La banque ? Les glissements ou les reports de responsabilité seront intéressants à analyser particulièrement dans les rapports entre le donneur d'ordre et sa banque (v. infra, n° 23).

9. Il arrive, toutefois, que les lignes permettant le transport de messages soient données en location par les PTT à une société privée, comme c'est le cas pour SWIFT. Dans cette hypothèse, on peut soutenir que la société privée n'a pas à bénéficier d'une exonération totale de responsabilité, vu le contrôle qu'elle exerce sur le réseau. Les statuts de SWIFT offrent un exemple intéressant de partage de responsabilité entre les banques et le transporteur privé (v. infra).

II. Les transactions financières à distance et les conditions classiques en matière de responsabilité

Section 1. Les dommages

A. Risques possibles, dommages réparables

10. Le dommage est la condition première de l'obligation de réparer. Quels sont les risques inhérents aux systèmes de communication de données et leurs conséquences dommageables potentielles ? On peut envisager :

- L'altération du message transmis qui arrive incomplet ou faussé à son destinataire ;
- la transmission du message à un destinataire erroné ;
- l'expédition du message par un expéditeur non autorisé ;
- le retard dans la transmission du message.

11. Les conséquences dommageables d'une transmission incorrecte (frauduleuse ou non) dans le cas d'un réseau de communication de données financières peuvent être importantes.

- Perte du montant principal (en tout ou en partie). Celle-ci peut se produire lorsqu'un transfert électronique est crédité à un compte qui n'est pas le bon, crédit au bon compte pour un montant excessif ou effectué deux fois, et que le bénéficiaire a retiré les fonds qu'il ne peut plus restituer (par exemple parce qu'il est tombé en faillite).

- Perte d'intérêts. Celle-ci résulte des retards apportés au transfert, soit du fait des banques, soit encore du fait de leurs clients qui ont tendance, pour des raisons de trésorerie, à retenir l'ordre de transfert jusqu'au dernier moment.

- Pertes dues aux taux de change. Celles-ci se produisent quand un retard dans le transfert est couplé avec une fluctuation dans le taux de change.

- Autres dommages. A titre d'exemple, on citera la perte d'un contrat ou l'application d'une clause pénale à charge du donneur d'ordre parce que l'ordre de paiement n'a pas été traité correctement (pour plus de détails, v. infra, l'affaire *Evra Corp.*).

B. Le dommage réparable : rappel des principes et commentaires.

12. En matière contractuelle, les articles 1150 et 1151 du Code civil énoncent deux principes importants :

- sont seuls dus les dommages-intérêts qui ont été prévus ou que le débiteur a pu prévoir lors du contrat, à moins qu'il ne s'agisse d'une inexécution intentionnelle (art. 1150) ;
- le débiteur, même en cas de faute intentionnelle, n'est jamais tenu du dommage indirect (art. 1151).

13. Le principe de la prévisibilité du dommage pose des problèmes divers.

1) Entre les banques et leurs clients tout d'abord : puisque le dommage imprévisible n'est en principe pas couvert, le donneur d'ordre (ou transférant) pourrait notifier à la banque (banque transférante) les conséquences d'une inexécution ou d'une exécution tardive de l'ordre de transfert.

La banque ainsi informée ne pourrait se prévaloir de l'imprévisibilité du dommage ce qui présente l'avantage pour le transférant de diminuer les risques de non-indemnisation.

On signale à juste titre que ces informations ne sont généralement pas communiquées, ni à la banque intermédiaire, ni à la banque bénéficiaire. Rien n'empêche cependant, malgré certaines difficultés techniques relevant notamment de la normalisation des messages, qu'elles soient ajoutées aux instructions envoyées par la banque transférante.

D'autre part, dans les conventions en matière de transfert électronique de fonds conclues entre les banques et leurs clients, certaines clauses excluent directement ou indirectement toute réparation même si les dommages étaient prévisibles. Ainsi : "le client et sa banque conviennent explicitement qu'aucun préjudice financier ou commercial (perte de profits, dommages commerciaux) et qu'aucune action intentée contre le client par une tierce partie ne peuvent constituer un dommage indirect donnant ainsi lieu à indemnisation quand bien même la banque aurait été mise en garde contre la survenance de tels dommages".

La dernière partie de la clause se réfère explicitement au cas où le client notifie à sa banque le type de dommage pouvant résulter de l'inexécution (ou de l'exécution tardive) d'un ordre. Vu la notification, le dommage deviendrait ainsi prévisible. L'exonération stipulée en faveur de la banque est fort large. Elle est en principe valable puisqu'elle n'exonère pas la banque de sa faute intentionnelle et qu'elle ne détruit pas l'essence même de l'obligation souscrite.

2) Entre banques, le principe de la prévisibilité semble avoir été appliqué par les juridictions américaines, avec des conséquences regrettables pour le client de la banque transférante.

Dans l'arrêt *EVRA Corp., v. Swiss Bank* (673 F.2d. 951 (1982), décision examinée

infra), la Cour d'appel a considéré que la banque intermédiaire qui omet de donner suite à un ordre de transfert par télétransmission ne peut être tenue pour responsable vis-à-vis du donneur d'ordre des dommages "indirects" (consequential damages) résultant de sa négligence, faute d'avoir été avertie des circonstances particulières relatives à la transaction de base. Cette décision a fait l'objet de sévères critiques. On lui reproche de faire supporter par le donneur d'ordre la négligence émanant de la banque de celui-ci et de la banque correspondante (pour plus de détail, v. infra n° 37).

Section II. L'imputation de la responsabilité

14. Après le dommage, nous examinerons les deux autres éléments constitutifs de la responsabilité, la faute et le lien de causalité, éléments difficilement séparables, l'appréciation de la faute influant sur l'établissement du lien causal.

Nous exposerons successivement les problèmes de responsabilités dans la relation entre le créancier et son débiteur, qui est le donneur d'ordre (A). Les rapports de ce dernier avec sa banque seront aussi examinés et une attention particulière sera consacrée à la responsabilité de la banque transférante pour tout le réseau et à l'établissement de mesures de sécurité susceptibles de prévenir les transferts frauduleux (B).

Les relations interbancaires feront également l'objet d'un examen. Les statuts de SWIFT illustreront l'analyse (C).

A. La relation entre le donneur d'ordre et le créancier.

En droit, du point de vue du créancier, les causes du non-paiement ou du paiement tardif peuvent être de deux types.

1) Causes imputables au débiteur

15. Le donneur d'ordre qui émet un ordre de transfert par télétransmission parce qu'il a une obligation envers le bénéficiaire est responsable envers celui-ci de la bonne exécution de l'ordre et ne peut en principe se prévaloir d'une défaillance de sa banque ou d'un établissement transmetteur situé en aval. Ceci signifie concrètement que le donneur d'ordre supporte vis-à-vis du bénéficiaire les conséquences d'une exécution tardive de l'ordre ou d'une inexécution provenant d'une faute de sa banque (par exemple une exécution tardive ou incorrecte d'un ordre correct donné dans les délais par le débiteur).

16. 2) Causes non imputables au débiteur

L'obligation de paiement (comprise au sens commun comme l'obligation d'apurer une dette d'argent) pesant sur le débiteur est une obligation de résultat régie par l'article 1147 du Code civil. Ainsi, le débiteur est condamné s'il y a lieu au paiement de dommages et intérêts toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée. Entrent dans le concept de cause étrangère exonératoire, la force majeure (a), le fait d'un tiers (b) et les actes du créancier lui-même (c).

a) Selon la Cour de cassation belge (Cass. 9 décembre 1976, Pas. 1977, 1, 407), "la force majeure qui libère le débiteur de l'obligation de payer les dommages et intérêts suppose un événement créant un obstacle insurmontable à l'exécution par celui-ci de ses obligations et non imputable, quant à sa cause, à une faute quelconque du débiteur". L'impossibilité d'exécution doit être appréciée raisonnablement.

A notre avis, la force majeure n'aura qu'un rôle subsidiaire dans le domaine des transferts électroniques de fonds. Supposons, en effet, la faillite d'une banque intermédiaire ou, cas plus net encore, la défaillance du réseau de télécommunications. Cette défaillance imprévisible, indépendante du fait du débiteur, ne rend pas l'exécution de l'obligation impossible puisque d'autres formes alternatives de règlement, tel l'envoi d'un chèque, demeurent possibles. Au mieux, le débiteur pourrait se prévaloir de la cause étrangère pour justifier un certain retard dans le paiement ou pour éviter des sanctions contractuellement prévues (clauses pénales, résiliation de la convention).

b) Le fait d'un tiers est en principe une cause étrangère exonératoire à condition que le débiteur ne soit pas responsable de ce tiers. La jurisprudence belge considère que le débiteur donneur d'ordre (l'entreprise A dans le schéma ci-dessus) est tenu de l'exécution de ses obligations envers son contractant, même s'il a recours à un agent d'exécution à cet effet.

Ainsi, la banque du débiteur ou une banque intermédiaire choisie par la banque du débiteur sont des "tiers" que directement ou indirectement celui-ci a engagés pour exécuter son obligation de payer. Ce dernier est donc responsable de leur faute vis-à-vis du créancier.

c) Le fait du créancier : on peut comprendre que le fait fautif du créancier

exonère partiellement ou totalement le débiteur de sa responsabilité. Par application de ce principe, le donneur d'ordre ne doit pas supporter le risque d'une défaillance dans le chef de la banque de son créancier. Que l'on considère ou non celle-ci comme mandataire du créancier pour la réception des paiements, il n'en demeure pas moins qu'elle a été choisie par le créancier qui est tenu d'assumer les conséquences de son choix.

En conclusion, comme le suggère notre exposé, le donneur d'ordre est seul répondant vis-à-vis du créancier de la bonne exécution du transfert. Les banques intermédiaires sont ses auxiliaires, même s'il n'entretient de relations contractuelles qu'avec sa propre banque. La conséquence logique en est que le risque de non-paiement ou de retard dans le paiement doit rester à la charge du débiteur sous réserve d'une défaillance de la banque du bénéficiaire.

8. La relation du donneur d'ordre avec sa banque

17. Une fois posée en principe la responsabilité du donneur d'ordre vis-à-vis du créancier, il s'agit de déterminer quel, du donneur d'ordre ou de sa banque, - va supporter en fin de compte les dommages - qu'il s'agisse d'une perte d'intérêts dont le bénéficiaire réclame le versement ou, plus grave encore, d'une perte du capital dont le donneur d'ordre est redevable vis-à-vis du bénéficiaire. Autre hypothèse qui peut même être plus lourde de conséquences pécuniaires : un transfert erroné ou tardif, provoque la perte ou la rupture d'un contrat dont le donneur d'ordre attendait des profits substantiels ; en ce cas, la banque devra-t-elle indemniser celui-ci ?

La réponse à ces questions peut être recherchée et trouvée dans les principes généraux (qui a commis une faute et le dommage est-il une conséquence nécessaire de cette faute ?). Au lieu d'une approche abstraite, on a préféré examiner, dans les conventions relatives aux transferts électroniques de fonds conclus entre le donneur d'ordre et sa banque, la façon dont les parties ont modulé l'application des principes au cas d'espèce.

Notre analyse sera limitée à deux types de clauses.

1) Clauses relatives à la survenance d'une cause étrangère

18. Une première clause classique établit que "la banque s'engage à apporter

tout soin et diligence à l'exécution des prestations. Toutefois, la responsabilité de la banque ne saurait être engagée pour toutes erreurs ou anomalies dues aux défaillances et au mauvais fonctionnement des réseaux publics de transmission de données". Il n'y a pas là de dérogation significative par rapport au droit commun.

19. Un deuxième type de clause élargit sensiblement le concept de force majeure en indiquant par exemple que "la banque ne peut en aucun cas être tenue pour responsable d'une interruption temporaire du service due à des événements indépendants de sa volonté comme, par exemple, une panne, une coupure des lignes téléphoniques, des grèves ou des circonstances justifiant une telle interruption, notamment des travaux visant à améliorer l'appareillage existant. La banque prendra toutefois toutes les mesures en son pouvoir pour limiter au maximum de telles interruptions".

La grève ne constitue pas automatiquement un cas de force majeure mais les parties peuvent prévoir que toutes les grèves seront considérées comme cause exonératoire.

Quant à la panne, de quel type de panne s'agit-il ? Panne d'électricité ? Incendie ? Panne d'ordinateur, erreur dans un logiciel bloquant tout un système de traitement ? Cette dernière hypothèse constitue incontestablement un élargissement de la notion de force majeure. A notre avis, la banque devrait disposer d'un équipement de remplacement suffisant pour permettre au système de continuer à fonctionner.

20. On peut imaginer un troisième type de clause par laquelle la banque transférante s'exonère de toute responsabilité en cas de retard ou de perte causée par les banques intermédiaires, les chambres de compensation, les transporteurs interbancaires (comme SWIFT) et, de façon générale, par les services d'une tierce partie.

21. Une telle clause, bien que compréhensible du point de vue de la banque transférante, crée des difficultés sur le plan juridique. D'une part, la banque ne peut être tenue responsable des fautes commises par un tiers ; dans certains cas, elle n'a pas vraiment le choix de ce tiers ; le choix peut être un choix justifiable ; ainsi, le recours aux chambres de compensation peut-il être imposé par la loi ; ou encore le donneur d'ordre lui-même a exigé un transfert par le réseau SWIFT ; autre exemple : une banque bien connue et de confiance choisit comme banque correspondante à fait faillite,

ce qui était imprévisible. D'autre part, le donneur d'ordre, en vertu d'une telle clause, est dépourvu de tout droit d'action contre sa propre banque irresponsable du fait de tiers et n'a, en principe, aucun recours contractuel direct contre la banque correspondante (sauf si l'on considère ce qui est conjectural que le donneur d'ordre bénéficie d'une sorte de stipulation pour autrui incluse dans l'accord conclu entre les banques). Quant à l'action en responsabilité délictuelle, sur base de l'article 1382, elle est incertaine et critiquable sur le plan théorique.

22. Force est de reconnaître que cette situation ne trouve pas de solution satisfaisante dans le droit de la responsabilité "classique". Quand la banque du donneur d'ordre n'a pas commis de négligence dans le choix du tiers, est-il équitable de faire supporter le risque de l'opération par le donneur d'ordre ?

C'est pourquoi, certains auteurs préconisent de mettre les risques à charge de la banque du donneur d'ordre, en se référant au domaine du transport des marchandises régi par la convention CMR. Celle-ci prévoit que "le transporteur répond ... des actes et omissions de ses préposés et de toutes autres personnes aux services desquelles il recourt pour l'exécution du transport". Il s'agit là d'un précédent intéressant qui pourrait alimenter la réflexion pour d'éventuelles directives sur les transferts électroniques de fonds.

2) Clauses relatives aux transferts non autorisés

23. La clause qui suit illustre la façon dont les contrats règlent l'hypothèse de la fraude : "les conséquences directes ou indirectes pouvant éventuellement découler de l'emploi abusif du service, soit par des utilisateurs désignés, soit par des tiers, ne peuvent être mises à la charge de la banque. Par la présente, l'abonné reconnaît assumer l'entière responsabilité d'une utilisation abusive".

Le client est responsable du comportement frauduleux de ses employés, habilités ou non, et même des tiers. Son compte pourra donc être débité du montant des transferts effectués sur base d'ordres même falsifiés. Le fondement de la responsabilité mise à la charge du client pourrait être recherché dans le concept classique de faute, encore qu'une approche en terme de risque semble plus adéquate. Ce type de solution est compréhensible puisque le client a - ou devrait avoir - la maîtrise des

lieux d'où émane l'ordre de transfert.

On remarque d'ailleurs que sous couvert de clauses réglant des problèmes de preuve, le client voit sa responsabilité étendue à la transmission du message entre son système et celui de sa banque. Ainsi, les contrats règlent soigneusement la charge de la preuve en prévoyant par exemple que "le journal des transactions effectuées (le "logging"), établi par la banque, constitue une preuve formelle et suffisante des ordres donnés par l'abonné, et ce quel qu'en soit le montant". Le système fonctionne de la façon suivante : le "logging" issu de l'ordinateur de la banque est supposé reprendre fidèlement les instructions du client. Celui-ci est responsable de l'ordre qui émane de ses locaux jusqu'à ce qu'il parvienne à l'ordinateur de la banque. Il est donc responsable des fraudes commises sur les lignes de transmission. Tout ceci montre qu'il existe un lien étroit entre les questions de preuve et de responsabilité.

24. La transaction ne doit pas revêtir un caractère manifestement inhabituel auquel cas elle devrait attirer l'attention de la banque. Le caractère manifestement inhabituel d'une transaction peut s'induire par exemple des montants plus élevés que ceux généralement ordonnés ou encore des destinataires totalement inconnus jusque là.

25. La fraude peut voir être rendue possible par une insuffisance du système de sécurité mis en place par la banque. Dans ce cas, la responsabilité de la banque semble engagée, car s'il est vrai que le client (une entreprise et donc un professionnel) a le choix d'un mode de paiement, il est tout aussi vrai que le banquier, en tant qu'organisme de crédit professionnel, est en première ligne responsable du système informatique qu'il propose pour l'organisation et la rationalisation des services bancaires.

26. Aux Etats-Unis, on poursuit des travaux importants en vue d'ajouter au Uniform Commercial Code (U.C.C.) un nouvel article 4A relatif aux transferts électroniques de fonds. Un projet d'article qui couvre les transferts électroniques de fonds professionnels (wholesale wire transfer) prévoit :

"If a security procedure is in effect with respect to an unauthorized payment order received by the receiver, the purported sender is bound by the order if the court finds that the security procedure was a commercially reasonable method of providing security against unauthorized payment orders ..." (§ 4A-202 (2)).

"... commercial reasonableness of a security procedure is a question of law and is to be determined by considering the wishes of the purported sender expressed to the receiver including the amount and frequency of payment orders normally issued by the purported sender, alternative procedures offered to the purported sender, and security procedures in general use by senders and receivers similarly situated" (§ 4A-202 (3)).

Le principe consiste à faire reposer sur la banque la charge de mettre en oeuvre un dispositif de sécurité raisonnable, susceptible de prévenir les fraudes car c'est la banque qui est la mieux placée pour ce faire. Une approche similaire a été adoptée par le groupe de travail Uncitral (A/CN.9/W.6 IV/WP 39, p. 12 et s.).

27. La solution paraît raisonnable même si le face-à-face de deux professionnels, la banque et l'entreprise, laisse plus de place à la discussion que dans le cas de la télématique grand-public (en Belgique, Mister Cash, bancontact, ...).

En Belgique, un cas intéressant a été jugé par la Juridiction de Verviers en matière de transferts électroniques de fonds grand-public (voir cette Revue 1988-3, p. 56 et s., et la note M. Schauss). Il illustre bien les principes évoqués ci-dessus. Le détenteur de moyens d'accès Postomat émis par l'Office belge des chèques postaux perd sa carte magnétique et son code secret, ce dernier étant transcrit dans un agenda ce qui constitue une faute contractuelle. S'ensuivent des retraits non autorisés durant le week-end. L'émetteur des moyens d'accès (Office des chèques postaux) n'ayant prévu aucune procédure de notification durant le week-end, le détenteur doit attendre le lundi pour en signaler la perte. La Juridiction de Verviers, tant au premier degré qu'en appel, a considéré que l'Office des chèques postaux était totalement responsable de ces transferts non autorisés parce que son système ne présentait pas un niveau de sécurité suffisant durant les week-ends (pour un commentaire critique, note M. Schauss précitée).

C. Les relations interbancaires

28. Entre organismes bancaires, les problèmes de responsabilité ne sont pas moins délicats à résoudre. Quand la responsabilité du traitement d'un ordre passe-t-elle d'une institution à l'autre ?

SWIFT offre, à cet égard, un exemple intéressant de partage de responsabilité

dont pourraient sans doute utilement s'inspirer d'autres réseaux télématiques. SWIFT est responsable de l'exécution correcte des services que la société propose, et ce y compris les mesures de sécurité. SWIFT s'engage à indemniser l'utilisateur pour la perte d'intérêts due à un paiement tardif, dès lors qu'une faute peut lui être reprochée. Cependant SWIFT n'est responsable que de la perte ou du dommage direct causé à un utilisateur ou à un membre ayant satisfait aux règles de procédure prévues, et dans les limites fixées par le manuel.

Un plafond est fixé à la responsabilité : trois milliards de francs belges en cas de perte directe ou de dommage résultant d'actes frauduleux ou malhonnêtes commis par des employés de SWIFT. SWIFT n'est pas responsable pour des transferts frauduleux émis par un tiers étranger à son personnel. Il est à noter que SWIFT limite sa responsabilité au dommage direct, c'est-à-dire à la perte en capital qui fait l'objet du message, ainsi qu'aux pertes d'intérêts. La banque qui émet un message est en principe responsable jusqu'à la prise en charge du message par SWIFT. La banque destinataire est en principe responsable à partir de la transmission du message par SWIFT. Les participants sont tenus d'observer correctement les règles de forme et de procédure et d'agir avec diligence.

29. Un système comme celui de SWIFT comprend 3 étapes basées sur l'attribution du risque. La banque émettrice supporte le risque jusqu'à la délivrance du message, SWIFT couvre la période allant de la délivrance du message à sa transmission à la banque destinataire, cette dernière étant responsable dès la réception du message.

Ce partage de responsabilité implique que les règles et procédures relatives à la délivrance et à la réception d'un message soient déterminées avec précision.

L'organisme émetteur est responsable des pertes d'intérêts résultant de retards dus au mauvais formatage du message si SWIFT n'a pas tenu compte du caractère urgent du message ou n'a pas accusé réception du message, ce qui est apparu dans le Journal des messages non transmis (Undelivered Message Report) ou encore si l'émetteur n'a pas réagi suffisamment rapidement lorsque SWIFT l'a averti qu'une banque ou encore un processeur régional était en panne.

La banque destinataire est responsable lorsqu'elle ne parvient pas à transmettre le message à la bonne date, à réagir suffi-

samment rapidement aux messages transmis et, de façon plus générale, à respecter les pratiques bancaires habituelles.

III. La jurisprudence américaine : *Eyra Corp. v. Swiss Bank Corp* (673 F.2d.951) 1982

30. Les faits doivent être relatés en détail. En 1972, la firme Hyman Michaels, en négociant en ferraille de Chicago (devenu Eyra Corp en 1976), conclut un contrat de fourniture de deux ans avec une société brésilienne. Hyman Michaels loue un bateau le "Pandora" destiné au transport de la ferraille. En vertu du contrat d'affrètement, le paiement de la location du bateau devait être effectué 15 jours à l'avance : en cas de retard, le propriétaire du bateau se réservait le droit de résilier le contrat. Le loyer était payable par transfert bancaire au compte du propriétaire du bateau à la Banque de Paris et des Pays-Bas à Genève.

Généralement, Hyman Michaels ordonnait à la Continental Bank de Chicago, où la firme avait son compte, d'effectuer un transfert électronique de fonds (wire transfer) sur le compte de l'armateur en Suisse. La procédure était la suivante : la Continental débitait Hyman Michaels du montant du transfert et envoyait ensuite un télex à son agence de Londres, télex à transmettre à la Swiss Bank, banque correspondante de la Continental à Genève, cette dernière transférant le montant au compte des propriétaires du bateau tenu par la Banque de Paris. Le compte de la Swiss Bank à la Continental était à son tour crédité du montant du transfert. En juin 1972, au moment de la location du Pandora, le marché était favorable à Hyman Michaels mais les loyers se mirent à augmenter si bien que le propriétaire du bateau chercha à plusieurs reprises à résilier le contrat pour non-respect des échéances.

Le 25 avril 1973, Hyman Michaels téléphona le matin à la Continental et lui demanda de transférer 27.000 US dollars sur le compte de l'armateur à la Banque de Paris, pour payer le loyer correspondant à la période du 27 avril au 11 mai 1973.

Le contrat prévoyant le paiement anticipé, celui-ci devait être effectué avant la clôture des bureaux le 26 avril. La Continental envoya un télex à son bureau londonien le 25 avril, télex qui arriva en soirée. Le lendemain, dès le début de la matinée, l'opérateur du télex à Londres essaya à plusieurs reprises d'établir la liaison avec la

Swiss Bank. En vain. Il essaie alors un autre numéro de la Swiss Bank, celui des opérations de change. L'appareil de la Swiss Bank accuse bonne réception du message. Néanmoins, la banque suisse ne donne pas suite à l'ordre de paiement et aucun transfert n'est effectué sur le compte de l'armateur, à la Banque de Paris. Et ce, pour des raisons inconnues. On suppose que le télex destinataire du message manquait de papier de sorte que le message ne fut jamais imprimé. Hyman Michaels est averti par télex le 27 avril au matin que le contrat de frêt est résilié en raison du non-paiement.

Des jours durant, les banques cherchent en vain la trace du message télex égaré, et, finalement, la Swiss Bank suggère à la Continental de lui renvoyer le message, ce qui est fait le 1er mai. Le jour suivant (2 mai), la Swiss Bank tente de déposer la somme sur le compte de l'armateur à la Banque de Paris mais le paiement est refusé.

Un panel d'arbitres estime que l'armateur est en droit de résilier le contrat car Hyman Michaels, irréprochable jusqu'au 27 avril en matière, n'a pas fait tout ce qui était en son pouvoir pour remédier à la situation. Les arbitres considèrent que Hyman Michaels aurait dû donner immédiatement un nouvel ordre au lieu de laisser les banques résoudre le problème.

Hyman Michaels se retourne alors contre la Swiss Bank afin d'obtenir le remboursement des dépenses d'arbitrages et du manque à gagner résultant de la résiliation du contrat fort avantageux (Hyman Michaels avait dû, suite à la résiliation, payer un loyer double du loyer antérieur). Finalement, par le jeu de la procédure, toutes les banques se retrouvent assignées.

31. Au premier degré (522 F.2d.951 ND III, 1981) le juge considère que l'affaire est régie par la loi de l'Etat d'Illinois. Selon celle-ci, la Swiss Bank s'est montrée négligente. Cette négligence est à l'origine de la perte subie par Hyman Michaels. Dès lors, la Swiss Bank est tenue de verser des dommages-intérêts à Hyman Michaels pour un montant de 2,1 millions d'US dollars (15.000 US dollars correspondant aux frais d'arbitrage et le reste couvrant le manque à gagner). Ni Hyman Michaels, ni la Continental ne sont considérés comme négligents.

La Cour d'appel réforme la décision, considérant que la Swiss Bank, même si elle s'est montrée négligente, n'est pas responsable des dommages indirects (conséquences).

tial damages) parce qu'elle n'a pas été informée des circonstances particulières liées à la transaction de base.

32. La décision illustre bien les problèmes typiques que l'on rencontre en matière de transferts électroniques de fonds.

La première question concerne le choix de la loi applicable lors d'un litige opposant des parties de nationalités différentes. Sans approfondir la question ici, signalons-en l'importance.

En vertu de la loi suisse, la banque n'est pas responsable vis-à-vis d'une personne avec laquelle elle n'est pas en relation contractuelle (*privity of contract*). Or, il n'existe pas de contrat entre la Swiss Bank et Hyman Michaels. Par contre, la loi de l'Etat d'Illinois ne comporte pas une telle exigence. Sans beaucoup se justifier, la Cour d'appel a considéré que cette question n'avait pas de conséquence sur la décision finale (p. 955).

33. Le type de dommages couverts. En cas de retard dans l'exécution par la banque d'un transfert électronique de fonds, plusieurs types de dommages sont possibles.

- Soit une perte en capital, soit une perte d'intérêts, soit le coût des frais de transmission. En droit américain, ces pertes sont considérées comme des dommages directs ou "généraux" (*general damages*).

Hyman Michaels n'exigeait pas d'indemnisation pour des dommages directs : le montant du transfert n'était pas perdu, le compte débité ne portait pas d'intérêts, aucun frais ne devait être supporté par Hyman Michael pour la transmission défectueuse.

- Second type de pertes : les dommages indirects ou dommages spéciaux. A l'origine de ceux-ci, il y a une défection ou un retard dans la mise en oeuvre d'un engagement conventionnel (paiement de sommes d'argent) ce qui entraîne l'application d'une clause pénale ou la résiliation d'un contrat avantageux.

La loi appliquée par la Cour d'appel dans l'arrêt Evra prévoit que seuls les dommages généraux (*general damages*) sont pris en compte et donnent lieu à indemnisation à moins que la banque, au moment de la demande de transfert, ne soit avertie de la nature de la transaction et des conséquences d'un transfert tardif.

La Swiss Bank n'est dès lors pas considérée comme responsable des conséquences de sa négligence grave (absence de répon-

se au télex envoyé) bien que cette négligence incontestable soit la base (root cause) du préjudice subi par Hyman Michaels.

34. Le seul recours au système électronique de transmission de fonds doit-il être considéré comme suffisant pour mettre en garde la Swiss Bank ? Les réponses à cette question divergent.

Selon le premier juge, "The fact that the plaintiff was transferring funds by wire rather than through the mail was sufficient to alert Swiss Bank to the importance of the transaction" (522 F. Supp. 820 (1981), p. 833).

A l'inverse, la Cour d'appel considère que : "Electronic fund transfers are not so unusual as to automatically place a bank on notice of extraordinary consequences if such a transfer goes awry. Swiss Bank did not have enough information to infer that it lost a \$ 27,000 payment order. It would face a liability in excess of \$ 2 millions" (673 F.2d 951, p. 956).

La Swiss Bank n'était pas suffisamment informée pour prévoir qu'elle assumerait une responsabilité de plus de 2 millions de US dollars pour avoir perdu un ordre de paiement d'un montant de 27.000 US dollars.

Dans sa décision, la Cour d'appel semble avoir tenu compte de l'absence de contrat liant Hyman Michaels et la Swiss Bank : "Privity is not a wholly artificial concept. It is one thing to imply a duty to one with whom one has a contract and another to imply it to 'the entire world'" (p. 956). En l'occurrence cependant, la Swiss Bank était-elle véritablement un tiers, puisque, comme le reconnaît la Cour, "it knew or should have known, from Continental Bank's previous telexes, that Hyman Michaels was paying the Pandora Shipping Company for the hire of a motor vessel named Pandora" (p. 958).

35. Ainsi donc, pour faire l'objet d'une réparation, un dommage doit être prévisible. C'est le principe en droit français et belge. De la même façon, seuls les dommages généraux sont réparables selon le droit anglo-américain. Mais le problème consiste à déterminer concrètement ce qui est prévisible et selon quels critères. La méthode utilisée pour le transfert et la relation presque contractuelle établie entre le client et la banque correspondante ne doivent-elles pas être prises en compte pour évaluer la prévisibilité ?

D'après les banques, la décision ne fournit pas une solution réaliste au problème

de la responsabilité bancaire pour dommages indirects (quelle est l'information requise pour que la notification soit considérée comme suffisante ? Est-il vraiment possible en pratique de faire une notification pour plusieurs milliers de messages par jour ?).

36. Quelle diligence peut-on raisonnablement attendre de la part du client et de la part des banques ? Si l'on tente d'appliquer le critère traditionnel de la faute, sans nul doute la Swiss Bank a-t-elle commis une faute grave, en ne prévoyant pas un système pour vérifier l'approvisionnement en papier de ses télex. De plus, des employés inexpérimentés s'en occupaient. Selon le premier juge, "such a cavalier attitude toward major transactions by a sophisticated international bank (is) shocking" (p. 829). La Cour d'appel souligne la négligence de la Swiss Bank, mais sans en tenir compte pour la réparation du dommage, car celui-ci était imprévisible.

La Continental fut aussi attaquée pour n'avoir pas averti la Swiss Bank de ce que des montants importants étaient en jeu. De plus, aucune banque ne prit les mesures adéquates quand il apparut que le paiement n'avait pas été effectué, perdant cinq ou six jours à retrouver trace du message égaré.

Assez brièvement, la Cour d'appel insiste sur la négligence de Hyman Michaels. Il est imprudent de sa part d'attendre le tout dernier moment pour ordonner le transfert à sa banque. Selon la Cour, "the action taken was immediate but did not prove to be adequate in that (Continental) Bank required some 5/6 days to trace and effect the lost instruction to remit. (Hyman Michaels) could have ordered an immediate payment or even sent - a banker's check by hand or special messengers, so that the funds could have reached owner's Bank, not later than April 28th" (p. 954).

37. Ce dernier passage est très clair : tout en reconnaissant le manque d'efficacité de la banque, la Cour tient le client pour responsable d'un ordre de transfert courant et du choix du mode d'exécution le plus adéquat en lieu et place des deux banques. La conséquence en est la suivante : la Continental Bank, au courant des circonstances entourant la transaction, n'est pas tenue pour responsable parce qu'une négligence de la Swiss Bank est à l'origine de la non-exécution du paiement. La Swiss Bank pourtant manifestement négligente n'est pas non plus tenue pour responsable car elle n'a pas été avertie des circonstances

exceptionnelles de la transmission. Ainsi, c'est le client qui supporte la perte.

38. Une telle solution paraît inacceptable. Les techniques électroniques augmentent la vitesse de transmission des fonds. On peut s'attendre à ce que toutes les parties concernées fassent preuve d'une diligence accrue. Sans doute le client doit-il réagir rapidement lorsqu'il constate une anomalie soit à la lecture de ses extraits de compte qui lui parviennent régulièrement de sa banque, soit lorsqu'il en est averti par son cocontractant. Mais, avec l'emploi de techniques électroniques, les attentes du client qui compte sur un service fiable, rapide et efficace seront aussi considérées comme de plus en plus justifiées (V. en ce sens H. Croze, note sous Cass. fr (Ch. comm.), 6 novembre 1984, D.S. 1985, p. 535).

En ce domaine, le manque total de mesures de sécurité adéquates doit être considéré comme une négligence grave.

Dans le cas Evra, les deux organismes bancaires se sont montrés négligents. La solution équitable aurait consisté à les tenir solidairement responsables (*responsabilité in solidum*) vis-à-vis du client, en leur laissant ensuite le soin de résoudre le problème de l'imputation des dommages.

Il faut bien admettre cependant que la jurisprudence postérieure à Evra ne s'est pas fixée en ce sens. A notre connaissance, toutes les décisions rendues depuis lors confirment que la banque n'est pas responsable des dommages indirects (consequential damages) résultant d'un retard dans l'exécution de l'ordre (V. pour exemple *Central Coordinates Inc. v. Morgan Guaranty Trust Co.*, recensé dans *International Financial Law Review*, Juillet 1985, p. 37 ; et, plus récemment, *Lloyds Bank v. Lynch*, 702 F. Supp. 157 (ND Ohio 1988), *International Financial Law Review*, mai 1989).

39. Une difficulté pourrait surgir si la banque transférante était totalement irréprochable. Dans ce cas, le recours direct et contractuel contre la banque correspondante pourrait s'avérer difficile par application de la règle de la relativité des contrats. Le client se verrait ainsi privé de toute indemnité. La façon la plus judicieuse de régler ce problème consisterait à rendre la banque transférante responsable de la faute commise par la banque intermédiaire.

En matière de virement, la Cour de cassation belge dans un arrêt du 21 juin 1979 (Pas. 1979, I, 1225), a jugé que la banque transférante (Banque IPPA) était

responsable, vis-à-vis de son client, de la non-exécution par la banque correspondante (First National City Bank) des instructions données par la Banque IPPA. Bien qu'il n'y ait eu aucune faute propre dans le chef de la Banque IPPA, elle fut cependant tenue responsable de la faute commise par la banque correspondante.

Le fondement d'une pareille solution peut être recherché dans les règles classiques de responsabilité : les banques transférantes doivent exécuter leur mission correctement, soit elles-mêmes, soit en recourant aux services d'un tiers dont elles assument la responsabilité. Suivant ce raisonnement, la banque transférante (Continental Bank) a fait un choix maladroite et elle est responsable de la négligence de son correspondant. Cette argumentation repose sur le concept traditionnel de faute.

40. Avec le développement des nouvelles techniques de transfert au sein des banques, on assiste cependant à l'émergence d'autres critères.

La banque a pour métier de transférer des fonds, et se trouve donc mieux placée (cheapest cost avoider) que son client pour évaluer le mode de paiement le plus adéquat et pour contrôler les différentes étapes d'un transfert électronique. Elle doit donc prendre les mesures correctrices qui s'imposent en cas d'erreur ou de retard dans la transmission. L'étape suivante est synthétisée par Vasseur : "Professionnel, le banquier répond de sa technique, il en répond, c'est-à-dire qu'il en est responsable, qu'il en assume le risque" (M. Vasseur, Aspects juridiques des nouveaux moyens de paiement, Rev. de la Banque 1982, p. 592 et s.).

Dans cette optique, les banques auraient donc à supporter les risques liés aux transferts de fonds, qu'elles aient commis une faute ou non. La solution paraît simple et séduisante, mais elle pose des problèmes :

- La banque serait-elle responsable en tout état de cause, même si l'exécution correcte du transfert a été empêchée ou retardée suite à un cas de force majeure ou suite à une erreur d'une autre banque désignée par le donneur d'ordre ?

- Quelle serait la validité des clauses contractuelles dérogeant à la répartition des risques ?

Conclusion

41. Pour excitante qu'elle soit, la com-

plexité des problèmes juridiques ne doit pas détourner des réflexions plus fondamentales.

Bien que le juriste ait une propension à mettre en évidence les hypothèses conflictuelles, on constate que les conflits sont rares. Sans doute l'explication réside-t-elle dans deux facteurs principaux :

- Une technologie assez sûre qui réduit les sources de conflit ;

- La qualité des parties à la transaction : il s'agit de professionnels soucieux de régler les conflits de façon non contentieuse et même de les prévenir par une technique sans cesse plus fiable et par des normes auto-régulatrices empruntant des voies informelles (normes techniques, contrats d'adhésion et conventions interbancaires).

Face à une évolution technologique galopante, le juriste, armé de concepts vénérables, semble démuné. La tentation est forte d'appeler à une révolution juridique. Notre droit privé, qui s'est constitué à une époque où la valeur économique semblait indissociable d'une production matérielle, ne répond pas à toutes les questions que suscitent les techniques de traitement et de transport de l'information.

Est-ce à dire qu'une réforme législative s'impose dans le domaine des transferts électroniques de fonds ? Sans doute. Un aménagement du droit de la preuve s'impose-t-il ? Sans doute aussi, et l'on pourrait définir plus précisément les délais dans lesquels un transfert électronique de fonds doit normalement être exécuté ainsi que le moment où le transfert devient définitif. Toutes ces questions font d'ailleurs l'objet de travaux importants au sein de la CNUDCI (UNCITRAL).

Dans le domaine de la responsabilité, on pourrait affirmer plus nettement le principe de la responsabilité de la banque transférante.

Hormis ces points particuliers, une législation nouvelle semble prématurée. L'évolution technique, dont les résultats et les progrès précèdent par touches successives le véritable rôle et la véritable utilité du droit, est loin d'être achevée. Les questions juridiques soulevées (prévisibilité, relativité des contrats, risque ou faute) ne sont d'ailleurs pas nouvelles mais multipliées et aggravées par le recours aux nouvelles technologies de l'information. Et ramener, autant que faire se peut, des situations nouvelles à des règles existantes, c'est là le travail du juriste.

Bibliographie

B. Amory et X. Thunis, "Authentification de l'origine et du contenu des transactions sans papier et questions de responsabilité en droit continental", contribution à "Le commerce sans papier", Litec, 1987, p. 69-115.

B. Amory et Y. Pouillet, "Les relations contractuelles banques entreprises entourant la mise à disposition de services télématiques bancaires", Banca e Borsa, 1988, p. 350-385.

E. Bergsten, "Legal aspects of the International Electronic Funds Transfers", RDAI, 7/87, p. 649-668.

A. Bruyneel, "Le virement", in La banque dans la vie quotidienne, Ed. du Jeune Barreau, Bruxelles, 1986, p. 370-450.

D. Carton, "Aspects juridiques des ordres de virement transmis par télex", DISEP, octobre 1985, p. 4.

CNUDCI., "Commentaires relatifs au projet de loi type sur les virements internationaux", Rapport du Secrétaire général, 18 septembre 1989, A/CN.9/WG.IV/WP.44 (53 pages)

E. de Lhoneux, "Télématique et droit monétaire", in "La Télématique", Story Scientia, Gand 1985, tome 2, p. 287-302.

R. Goode, Electronic Banking, London, 1986.

J. Jetton, "Evra Corp. v. Swiss Bank Corp. : consequential damages for bank negligence in wire transfers", Rutgers Computer and Technology Law Journal 9 - 1983, p. 369-402.

H.F. Ungl, "Risk Allocation in International

Interbank Electronic Fund transfers : Chips and Swift", Harvard Int'l Law Journal, vol. 22, number 3, Fall 1981, p. 621-630.

Y. Pouillet et X. Thunis, "Réflexions sur le mouvement électronique de fonds", in "La Télématique", Story-Scientia, Gand 1985, tome 2, p. 259-271.

Y. Pouillet et G. Vandenberghe (Eds), "Telebanking-Teleshopping and the Law", Kluwer, Deventer, 1988.

M. Schauss et X. Thunis, "Aspects juridiques du paiement par carte", Cahier du CRID, n° 1, 1988, 125 p.

H.S. Scott, "Sur les transferts interbancaires par télétransmission aux Etats-Unis", RIDC, 4-1985, p. 967-984.

D. Syx, "Le transfert électronique de fonds : le droit hésitant face à une réalité galopante", in "La Télématique", Story-Scientia, Gand 1985, tome 2, p. 221-249.

D. Syx, "Het bewijsrecht en de Informatica : een verkenning van een recent probleem", basistext i.v.m. de cursus "De computer en zijn toepassingsproblemen in het recht", les van 26 februari 1985, Faculteit Rechtsgeleerdheid, R.U.G., publié in Droit de l'Informatique, 1986, n° 94.

M. Vasseur, "Aspects juridiques des nouveaux moyens de paiements", Rev. de la banque, 1982, p. 592 et s.

M. Vasseur, "Le paiement électronique. Aspects juridiques", La Semaine Juridique, 1985, I, 3206.